

**VIDA PRIVADA SIN INTIMIDAD.
UNA APROXIMACIÓN A LOS EFECTOS
DE LAS INTROMISIONES TECNOLÓGICAS EN EL ÁMBITO ÍNTIMO**

*PRIVATE LIFE WITHOUT PRIVACY.
AN APPROACH TO THE EFFECTS
OF TECHNOLOGICAL INTERFERENCES INTO THE PERSONAL SPHERE*

JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN
Universidad de La Rioja

Fecha de recepción: 17-2-16
Fecha de aceptación: 11-7-16

Resumen: *La intimidad es un bien apreciado en las sociedades desarrolladas. La noción de intimidad ha ido evolucionando, desde finales del siglo XIX, por la influencia de los avances tecnológicos. El desarrollo y la extensión de las tecnologías de la información y de la comunicación están modificando sustancialmente las relaciones sociales y, al mismo tiempo, también el enfoque de la intimidad. Estos cambios se están produciendo, principalmente, por un uso de estas tecnologías que implica importantes intromisiones ilegítimas en la vida privada de las personas. Este artículo estudia la respuesta del Derecho y de la imaginación jurídica a este tipo de injerencias. Primeramente, trata del origen y del desarrollo del derecho a la intimidad, y de la necesidad de su reconceptualización. A continuación, el trabajo tiene por objeto el estudio de la aparición de nuevos derechos, sobre todo, a causa de la acción judicial: el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la protección de datos de carácter personal y el derecho al olvido digital.*

Abstract: *Privacy is a precious asset within developed societies. The concept of privacy has been evolving since the late XIX century due to the influence of technological progress. The progress and spread of information and communication technologies are substantially modifying the social relations and, at the same time, the concept of privacy. These changes are mainly taking place due to a certain use of these technologies that implies important illegitimate interferences into people's private life. This article examines the*

answer of law and legal imagination to such interferences. Firstly, it deals with the origins and development of the right to privacy, and the need for its reconceptualization. Next, the work aims to study the emergence of new rights, especially due to legal action: the right to informational self-determination, the right to the protection of personal data and the right to be forgotten.

Palabras clave: derecho a la intimidad, nuevas tecnologías, autodeterminación informativa, derecho a la protección de datos de carácter personal, derecho al olvido.

Keywords: the right of privacy, new technologies, informational self-determination, the right to the protection of personal data, the right to be forgotten.

1. INTRODUCCIÓN

“La vida es corta. Ten una aventura. La web AshleyMadison.com luce este eslogan en su portal de acceso, dirigido a usuarios que quieren mantener un encuentro sexual ajeno a su pareja habitual. Ahora, un grupo de hackers ha accedido a sus bases de datos de la compañía propietaria, Avid Life Media (ALM), con sede en Toronto (Canadá), y ha publicado los resultados en la web, según indica el periodista especializado en seguridad informática Brian Krebs ...

Los hackers se hacen llamar The Impact Team y podrían haber accedido, siempre de acuerdo con el citado blog, hasta a 37 millones de datos de usuarios de los que atesora ALM. El jefe ejecutivo de la empresa, Noel Biderman, confirmó el robo de datos al blog y afirmó que la empresa estaba trabajando ‘con diligencia y frenéticamente’ para proteger la propiedad intelectual de la empresa ...”.

El País, 20 de julio de 2015

De esta manera reflejaba un periódico de tirada nacional el pirateo y el robo de millones de datos de usuarios de una conocida web de encuentros sexuales. La noticia, así expuesta, pudiera generar alguna que otra sonrisa. Sin embargo, más allá de lo que pudiera parecer anecdótico, no deja de tener importantes repercusiones personales y sociales, como parece ser que tuvo. Sobre todo, debe incitar a una seria reflexión no sólo sobre los riesgos del empleo de la informática, sino también de la transformación de la idea de lo que es nuestra vida privada. A fin de cuentas quienes utilizaron los servicios de esta empresa buscaban desde luego una determinada prestación, pero tam-

bién seguridad y, sobre todo, la garantía de privacidad, de que no se iba a hacer pública una relación íntima, esto es, lo que se hacía en intimidad. Lo mismo puede pasar al resto de ciudadanos en relación a otros datos de carácter personal (salud, religión, ideología, etc.) o sobre su vida y sus relaciones sociales.

Es más, a los pocos días, se publicó la noticia un tanto jocosa de que una empresa española, utilizando toda esa información, estableció cuál era el tipo medio de usuarios de esa web, cuál era la ciudad del mundo más “infidel”, Sao Paulo (Brasil) o en qué países era mayor el porcentaje de mujeres que la utilizaban. Menos gracia tuvo la siguiente información de que grupos de delincuentes se servían de esa información, de acceso fácil en la red, para enviar un e-mail extorsionador, pues “los usuarios ‘destapados’ saben que pueden perder mucho si se revela su identidad y hay quienes están aprovechándose de esta vulnerabilidad para sacar dinero o algún otro rédito”. Aún más, las autoridades de Canadá apuntan a otras consecuencias, como la posibilidad de que dos suicidios estén relacionados con el pirateo de esta web¹.

Esta noticia, y otras muchas que tienen que ver con un uso perverso de las tecnologías de la información y de la comunicación y, especialmente, con las virtualidades de la red, de Internet, ponen en cuestión, como poco, algunas nociones básicas sobre las que se ha desarrollado la sociedad occidental desde hace siglos. Más en concreto, las de vida privada e intimidad y, a su vez, dado el estrecho vínculo existente entre todas ellas, también la de dignidad humana.

“Vida privada sin intimidad” es el título de este artículo. Por paradójico que parezca ésa es la percepción que producen situaciones como la descrita u otras que se suceden aunque no siempre seamos plenamente conscientes. Piénsese, por ejemplo, en las posibilidades de entrar y curiosear los perfiles de Facebook, Twitter, etc., o de conectarse a una red privada y fisgonear a través de nuestra propia cámara del ordenador. Y lo que se puede hacer con esos datos y esa información. Siempre han existido *voyeurs*, inocentes mirones que sólo buscan curiosear en la vida privada de los demás. Pero aquí no es esa la cuestión. Se trata de que seamos conscientes de que pueden utilizarse estos mecanismos con otros fines, incluyendo, los delictivos. Que el aumento de situaciones como la descrita altera sustancialmente elementos, conceptos e instrumentos que son parte importante en el día a día de nuestras vidas.

¹ Las noticias aparecieron en *El País*, los días 20 de julio, 20 y 25 de agosto de 2015 (consultado *on line* el día 1 de septiembre de 2015).

Ante estos riesgos derivados de la evolución de la sociedad y del desarrollo tecnológico, cabe preguntarse si las instituciones y el derecho son capaces de dar una respuesta, si, desde una perspectiva iusfilosófica, pueden armarse suficientes argumentos o bien que reviertan esta situación o que afronten dichos riesgos satisfaciendo las demandas de los ciudadanos ante lo que algunos consideran agresiones.

Lo cierto es que, de la misma manera que se articuló un derecho a la intimidad, o a la privacidad, por utilizar el término anglosajón, también cabe decir lo mismo respecto a la respuesta jurídico-constitucional requerida ante los hechos expuestos más arriba. De esto trata este artículo. Primeramente, de la controversia sobre las nociones básicas –intimidad, privacidad, vida privada– y las pretensiones de reconceptualización o de revisión. Y, después, de estudiar y analizar cómo afecta esta reflexión al derecho a la intimidad y al surgimiento de nuevos derechos: el derecho a la protección de datos de carácter personal y del derecho al olvido.

2. ¿HACIA UNA RECONCEPTUALIZACIÓN DE LA INTIMIDAD?

La cultura occidental ha desarrollado durante siglos un fuerte sentimiento de la personalidad y de la identidad individual². Uno de sus principios básicos es el del libre y responsable desarrollo de la personalidad de cada uno como expresión de la dignidad humana que nos es inherente en tanto que personas. Vinculada estrechamente a esta idea está la de poder disfrutar de un espacio íntimo, propio, en el que ser uno mismo y en el que se pueda disfrutar de la amistad o de las relaciones con otros individuos. A ese conjunto de acciones y situaciones, solemos incluirlas en lo que, *grosso modo*, denominamos, “vida privada”³.

² Los historiadores, Ph. ARIES y G. DUBY, en su imprescindible *Historia de la vida privada*, han relatado magníficamente el estrecho nexo entre el desarrollo de la sociedad y cultura occidental y la emergencia del sentimiento de lo privado. Vid. Ph. ARIES y G. DUBY, *Historia de la vida privada*, trad. de Fco. Pérez, Taurus, 5 vol., Madrid, 1987.

³ He tratado las cuestiones conceptuales sobre los términos “vida privada”, “intimidad” y “privacidad” en diferentes escritos. Vid. J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Cívitas, Madrid, 1993; “La configuración constitucional del derecho a la intimidad”, *Derechos y Libertades*, 3, 1994, pp. 313-340; “Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1996-97, num. 13-14, pp. 717-738, y “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016, pp. 409-430.

“Intimidad” es también una noción básica ligada a una concepción individualista de la vida⁴. Presupone un modelo de persona que, al menos, desde una perspectiva filosófica hunde sus raíces en el pensamiento de S. PUFENDORF, con su distinción entre fuero interno-fuero externo, de I. KANT, con su insistencia en el valor moral de la “persona como fin en sí mismo”, de B. CONSTANT y su fina percepción de la diferencia entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos, de J. S. MILL, con su lucha por la libertad de expresión y de conciencia, y de tantos otros. En todo caso, la idea de intimidad se va construyendo, con el paso del tiempo, para hacer también referencia a la existencia de un “ámbito íntimo”, inexpugnable ante la mirada y el poder de otros, especialmente, del Estado. Por eso, los conceptos de “vida privada” y de “intimidad” tienen esa estrecha relación que da lugar a enormes confusiones y que justifica las reflexiones de importantes juristas⁵.

Pues bien, lo que aparece en la situación tomada de la prensa y que da lugar a estas reflexiones es, precisamente, la existencia de una vida privada “aparente”, en cierto modo, ficticia, pues la persona cree que está disfrutando de los beneficios de poseer una esfera propia en la que relacionarse libremente con otra persona, pero “sin intimidad” real puesto que, de forma subrepticia, un tercero rompe con la muralla que protegía ese espacio para

⁴ Como acertadamente señala S. LUKES hay cuatro ideas que fundamentan la filosofía individualista sobre la que se asiente, a su vez, la sociedad occidental: la dignidad del hombre, la autonomía, la intimidad, y el autoperfeccionamiento. Cada una de estas ideas presentan afinidades importantes entre sí. Incluso, cada época les ha dado una lectura diferente y las ha relacionado de forma diferente dando lugar a las diversas concepciones que han inspirado los modelos de sociedad en la historia. Vid. S. LUKES, *El individualismo*, trad. de J. L. ÁLVAREZ, Península, 1975, Barcelona.

⁵ PÉREZ LUÑO recurrió a la literatura alemana para explicar la complejidad del haz de realidades que constituyen lo que, en sentido amplio, llamamos “intimidad”. Según esta visión, los ámbitos de la vida de los individuos pueden parcelarse en esferas de acuerdo a los intereses personales en juego y a su voluntad de estructurar esos espacios: esfera íntima, esfera privada y esfera individual. Vid. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 328.

GARZÓN VALDÉS, por su parte, en otra interesante aportación al debate, hace referencia a lo “íntimo”, lo “privado” y lo “público” como diferentes ámbitos en los que se manifiesta la personalidad del individuo, así como a su repercusión en la distinción de lo moral y lo jurídico. Cada uno de los ámbitos se caracteriza, además del diferente objeto de actuación del individuo, por la también diferente accesibilidad o transparencia para los otros. Vid. E. GARZÓN VALDÉS, “Lo íntimo, lo privado y lo público”, *Claves de Razón Práctica*, num. 137, 2003, pp. 14-24.

convertirlo en algo público. Ha sucedido en estos casos, pero las posibilidades de la tecnología de la comunicación y de la información acrecientan considerablemente los casos en los que esto mismo pueda suceder. Y que, incluso, nuestra vida privada se convierta en algo público, a nuestro pesar, en cuestión de segundos. ¿Se puede, entonces, seguir hablando de “vida privada” como ámbito íntimo, de “intimidad” como secreto, de poder para impedir las injerencias e intromisiones, de control sobre nuestra vida personal y familiar, sobre nuestras decisiones, sobre la información que discurre por la red sobre cada uno de nosotros, etc.?

Las circunstancias descritas, en suma, el avance de las tecnologías de la información y de la comunicación y su proyección sobre la vida de las personas justifica que una parte importante de los especialistas aboguen por una relectura de las nociones básicas como “vida privada” e “intimidad” y un desarrollo de nuevos mecanismos jurídicos que protejan estos ámbitos y, en definitiva, queden a resguardo también el principio de la dignidad humana y el ideal del perfeccionamiento individual como meta. Como se ha escrito recientemente, “este nuevo contexto nos conduce a la revisión del concepto de intimidad y a valorar la ineludible necesidad de adaptarlo a las nuevas características de las sociedades con un alto grado de innovación y desarrollo tecnológico, especialmente en el ámbito de la información y la comunicación”⁶.

En realidad, el origen del derecho a la intimidad está estrechamente ligado al uso de la técnica y a la violación de la privacidad. La historia es bien conocida. El primer artículo en el que se define y defiende el “derecho a la intimidad” –“The right of privacy” (1890) de S. Warren y L. D. Brandeis– es escrito a raíz de la intromisión de unos *paparazzi* en la vida privada del primero y la publicación de noticias y fotos personales sin su permiso⁷. El hartazgo por la exposición pública de la vida privada es lo que motiva este escrito sobre el derecho a la intimidad. Los autores no podían ni imaginar el éxito que acabaría por tener su respuesta ante la injerencia externa y el creciente interés de los medios de comunicación por los actos privados de la gente famosa.

⁶ I. V. LUCENA CID, “El concepto de intimidad en los nuevos contextos tecnológicos” en A. GALÁN MUÑOZ, (coord.), *La protección jurídica de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 120.

⁷ S. D. WARREN y L. D. BRANDEIS, “The right to privacy (the implicit made explicit)”, en *Philosophical Dimensions of Privacy*, F. SCHOEMAN (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1984, pp. 75-103. Este artículo inicialmente fue publicado en la *Harvard Law Review*, vol. IV, num. 5 (1890).

La impronta liberal de este primer acercamiento es bien clara. El derecho a la intimidad es definido como el “derecho a estar solo” o a “ser dejado en paz” –*the right to be let alone*–. Detrás de esta definición se encuentra la filosofía de los derechos fundamentales de la primera generación, pues se trata de proteger un espacio íntimo, de posibilitar que ese ámbito quede libre de la injerencia de terceros no deseados; en todo caso, de decidir quién puede entrar en el mismo. Un espacio en el que el individuo, cada uno de nosotros, puede estar en paz, puede disfrutar de tranquilidad, al margen de la mirada ajena, para hacer su voluntad.

Dos ideas están en el centro de esta primera noción de intimidad: la de la existencia de un “espacio” y la de la necesidad de “protección”. La existencia de un espacio que remite a la idea de “dominio”, pues ese ámbito es objeto de la propiedad de su titular sobre el que tiene un poder absoluto. Y la necesidad de protección, pues ese espacio deviene en un ámbito amurallado en el que nadie puede entrar, salvo que obtenga el permiso del propietario. Y una tercera idea articula también esta primigenia filosofía de la intimidad: la de la capacidad para “decidir” qué se hace en ese ámbito, con quién se puede compartir, etc. Pues el derecho a la intimidad garantiza, en suma, un espacio en el que disfrutar de “autonomía personal”.

Esta noción del derecho a la intimidad, tal y como fue esbozada por Warren y Brandeis, tuvo un éxito rápido. Pronto, estas reflexiones encontraron un defensor en el juez Cooley y, en última instancia, en la Corte Suprema de EEUU. El derecho a la intimidad fue, pues, en sus inicios, un derecho jurisprudencial –aspecto a tener en cuenta para entender el posterior desarrollo de otros derechos vinculados a la intimidad como son el derecho a la protección de datos de carácter personal y el derecho al olvido en Internet–. Pero, décadas más tarde, encontraría su positivación y, por tanto, su consolidación jurídica en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948⁸. A partir de este reconocimiento, fue recogido en los tratados internacionales sobre derechos fundamentales y en las constituciones de los Estados⁹.

⁸ El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, afirma: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

⁹ Así, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, reitera lo establecido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aunque añade la prohibición de las injerencias “ilegales” y no sólo las “arbitrarias”: 1.- “Nadie

3. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SUS MANIFESTACIONES

En el derecho español, el reconocimiento de la intimidad como derecho fundamental se produce con la Constitución Española de 1978¹⁰. Aunque la doctrina constitucionalista recibió con satisfacción el reconocimiento del derecho a la intimidad, no por ello dejó de mostrar algunas importantes cautelas. Entre ellas, por ejemplo, destaca la falta de una definición constitucional del concepto mismo de intimidad, pues el artículo 18.1 CE, a primera vista, sólo especifica que se “garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” sin precisar nada más sobre el significado de cada uno de estos extremos. Tampoco la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, cuyo objeto era desarrollar dicho artículo, resuelve el problema, motivo por el cual fue ampliamente criticada¹¹. En todo caso, la cuestión es importante, pues no sólo es clave para delimitar el ámbito de la protección de la intimidad, sino también para fijar las relaciones con los otros derechos del artículo 18 CE y, en especial, con los derechos fundamentales con los suele entrar en conflicto (véase el derecho a la información y la libertad de expresión).

Igualmente, la doctrina ha puesto de manifiesto las dudas sobre la estructura misma de los derechos reconocidos en el artículo 18 CE. En par-

será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2.- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. En el ámbito europeo, el artículo 8.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950, dispone: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. El apartado 2 introduce una importante precisión: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida” necesaria en toda sociedad democrática.

¹⁰ “1.- Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2.- El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial. 3.- Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas, salvo resolución judicial. 4.- La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de los derechos”.

¹¹ A. FAYOS GARDÓ, “Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, num. 4/2007, pp. 7 y ss. (http://www.indret.com/pdf/492_es.pdf).

ricular, se ha cuestionado acerca de qué derecho o derechos se recogen en sus diferentes apartados: un único derecho a la intimidad que se ramifica en diferentes manifestaciones (intimidad personal y familiar, honor, imagen, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, etc.) o bien diferentes derechos fundamentales, cada uno con su autonomía, aunque todos procediesen de la misma matriz: de la intimidad o privacidad y, en última instancia, de la dignidad de la persona¹². Como ha escrito Rebollo, “nuestro constituyente no ha optado por el reconocimiento del derecho a la vida privada (*privacy*), de haberlo hecho, cabría entender como derecho a ésta y manifestaciones de la misma al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Ocurre que teniendo estos tres derechos una misma fundamentación parece que ésta se extiende también a sus respectivas configuraciones, lo cual no es cierto”¹³.

Lo cierto es que, después de todo, se acepta la existencia de, al menos, tres derechos fundamentales en el artículo 18 CE. Como ya escribiera O’Callaghan, “está superada la teoría de que hay un sólo derecho de la personalidad que tiene manifestaciones múltiples y entre ellas el honor, la imagen y la intimidad”¹⁴. Lo cual no es óbice para que quede constancia de las muchas imbricaciones que existen entre ellos y de las dudas y dificultades que suscitan en las consiguientes interpretaciones constitucionales. No obstante, queda todavía la cuestión de qué sucede con el apartado 4 de este artículo en el que se recoge la obligación de limitar por ley las intromisiones informáticas en la intimidad. Como más adelante se verá, es una cuestión que no deja de tener su enjundia.

En esta tesitura, no cabe sino insistir en la importante labor del Tribunal Constitucional en la definición y delimitación de los derechos fundamentales. En el caso de los derechos del artículo 18, sin duda, su labor garantizadora e interpretativa es enormemente relevante. De hecho, tempranamente tuvo ya que pronunciarse sobre el derecho a la intimidad y sus manifestaciones haciendo una labor hermenéutica y definitoria clave para entender

¹² J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, cit. p. 91 y ss; Idem, “La configuración constitucional del derecho a la intimidad”, cit., y Idem, “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, cit.

¹³ L. REBOLLO DELGADO, *Derechos fundamentales y protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 191.

¹⁴ X. O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Edersa, Madrid, 1991, p. 96.

dicho concepto, su contenido esencial y sus límites en el conflicto con otros derechos. Y puede decirse sin temor a equivocarse que ha construido una doctrina en torno al derecho a la intimidad clara y precisa.

Como tengo expuesto en otro lugar, la construcción del derecho a la intimidad realizada por el Tribunal Constitucional se basa, al menos, en las siguientes ideas básicas¹⁵: 1.- Los derechos del artículo 18 CE son “derechos personalísimos”, “derechos de la personalidad”, “derechos ligados a la persona”. 2.- Son derechos vinculados a la dignidad humana y, en consecuencia, conectados a través del artículo 10 CE con el conjunto de tratados internacionales sobre derechos y libertades fundamentales. 3.- Estos derechos implican un “espacio”, un “ámbito propio y reservado”. 4.- Precisamente, uno de los objetivos de estos derechos es proteger ese ámbito íntimo de las “injerencias de terceros”, de “intromisiones extrañas”. 5.- Con todo, el derecho a la intimidad no es en nuestro ordenamiento jurídico “un derecho de carácter absoluto”, sino que su contenido debe responder “a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad”. 6.- En suma, en la labor jurisdiccional de protección del derecho a la intimidad y de los derechos del artículo 18 CE, especialmente en los casos de colisión con otros derechos fundamentales, es imprescindible la realización de una “ponderación” que valore los hechos relevantes y equilibre los bienes jurídicos en conflicto.

Los diferentes elementos del contenido esencial del derecho a la intimidad quedan reflejados en numerosos fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Entre ellos, cabe destacar las siguientes¹⁶. Así, el FJ 4 de la STC 170/1987, de 30 de octubre: “Los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones

¹⁵ J. MARTÍNEZ DE PISÓN, “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, cit., p. 414.

¹⁶ Como puede observarse en las sentencias citadas, las referencias a los rasgos –y, por tanto, a la filosofía que los inspira– del derecho a la intimidad personal y familiar son compartidos también por el derecho a la propia imagen. Un análisis de las sentencias del TC sobre el artículo 18.1 CE muestran las dificultades de una separación del derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen. Al tiempo que recoge los rasgos comunes, alude a la existencia de dos “derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad”: dos derechos autónomos pero ligados por un núcleo común (J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, cit., 91 y ss.).

extraña”. El FJ 2 de la STC 231/1988, de 2 de diciembre: “los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el artículo 18 de la CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad de la persona, que reconoce el artículo 10 de la CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así estos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”.

Estas declaraciones quedan completadas con las afirmaciones de la importante STC 171/1990, de 5 de noviembre, en la que se matizan los perfiles del derecho a la intimidad. Según esto, la intimidad es concebida como una “realidad intangible” cuya “extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico y cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial”.

El Tribunal Constitucional insiste permanentemente en el carácter “personalísimo” de los derechos del artículo 18 CE y, en particular, del derecho a la intimidad personal y familiar. Con ello, desvincula su configuración de una visión patrimonialista que consideraba al “ámbito íntimo” desde la perspectiva del dominio o de la idea de la propiedad perteneciente a su titular. Por el contrario, se vincula a la esfera de la personalidad individual y aparecen como una derivación de la idea de dignidad humana, recogida en el artículo 10.1 CE. Así, aparece en el FJ 3 de la STC 21/1992, de 14 de febrero, cuando señala que “la intimidad personal y familiar es, en suma, un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 de la Constitución) y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad de todos que quiere asegurar la norma fundamental (art. 10.1)”. Idea que es reiterada en el FJ 1 de la STC 214/1991, de 11 de noviembre, que insiste en que “el derecho al honor y otros derechos reconocidos en el artículo 18 CE aparecen como derechos vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la ‘dignidad de la persona’ que reconoce el artículo 10 CE”¹⁷.

A la vista de estas consideraciones, puede afirmarse que la construcción del derecho a la intimidad en el bloque constitucional español responde, en

¹⁷ Estas líneas básicas han sido reiteradas en numerosas sentencias además de las citadas: STC 73/1982, de 2 de diciembre, STC 110/1984, de 26 de noviembre, STC 143/1994, de 9 de mayo, STC 207/1996, de 16 de diciembre, STC 151/1997, de 29 de septiembre, STC 98/2000, de 10 de abril, STC 115/2000, de 5 de mayo.

principio, a la concepción tradicional de los derechos fundamentales y refleja, por tanto, la visión de la primera generación de derechos y libertades fundada, como es sabido, en la idea de autonomía y en el concepto de libertad negativa. Como consecuencia de esta lectura, el derecho a la intimidad surge con la función de preservar un espacio íntimo, privado, particular de la persona, de las intromisiones o injerencias de terceros no permitidas o consentidas por el titular. Se trata, pues, de proteger un ámbito de autonomía y de libertad en el que el individuo pueda desarrollar su personalidad y lograr el objetivo de promover su propia perfección moral de acuerdo a sus creencias y deseos.

4. DE LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA AL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

4.1. De la autodeterminación informativa ...

Ahora bien, desde la primera formulación, el concepto de intimidad y la función misma del derecho ha ido evolucionando desde un enfoque “negativo” a uno más “positivo” para constituir, de hecho, un principio activo en el que ya no se trata de impedir o proteger el espacio íntimo, sino de controlar la vida privada en el sentido pleno del término, esto es, de perseguir a los violadores del sacrosanto ámbito y, sobre todo, de disponer de cada uno de los aspectos y elementos que lo articulan. También en esta importante mutación del derecho a la intimidad –o, mejor, habría que afirmar de los derechos relativos a la intimidad personal y familiar– los avances tecnológicos han tenido un relevante papel.

En efecto, el cambio en los posibles riesgos a la intimidad, esto es, la aparición de nuevas formas de injerencia en la vida privada, ha llevado a modificar también la función del derecho fundamental pasando de ser un instrumento de exclusión, de impedimento de las intromisiones en el ámbito íntimo, a constituir un principio activo que faculta para decidir y controlar el destino de los propios aspectos personales y de la información que le afecte directamente. Ya no se trata de dotar al individuo de un poder para que levante una muralla frente a las injerencias externas y así proteger el espacio más íntimo y personal, sino de conferir facultades para conocer y realizar un seguimiento de la información más sensible, para decidir, disponer y, en su caso, evitar un uso perjudicial de esos aspectos vitales. Se trata, por tanto, de

dotar al titular de un nuevo poder para actuar sin necesidad de que exista una violación previa de su intimidad.

Como se ha dicho antes y hemos visto en el supuesto que abre estas páginas, el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación han aumentado considerablemente los riesgos de vulneración de aspectos de su vida privada y, especialmente, de un uso indebido y perjudicial de la información personal. Dicho de otra forma, la innovación informática, el desarrollo de Internet y la culminación del proceso globalizador a escala mundial aumentan vertiginosamente las posibilidades de que datos o elementos aparentemente inanes de la vida o de las relaciones sociales puedan ser utilizados con una finalidad no deseada por el individuo. Esto es, “las innovaciones científicas y tecnológicas, las nuevas necesidades del comercio moderno, el desarrollo industrial y de los servicios a los ciudadanos ofrecidos por las administraciones del Estado, etc., han propiciado la creación de distintas bases de datos de carácter personal, cuyo contenido lo conforma la información privada sobre la identidad (nacimiento, muerte, estado civil, propiedades, permiso de conducir, etc.), la profesión, los datos económicos y fiscales, ideológicos, de salud, e incluso valoraciones de la personalidad”¹⁸.

Es, precisamente, la repercusión de las nuevas intromisiones tecnológicas en la vida privada la que ha impulsado la visión más activa del derecho a la intimidad que permita a su titular ejercer el control sobre los datos de carácter personal que sean almacenados o tratados por medios informáticos. Esta derivación del derecho a la intimidad se ha materializado, en un principio, en *el derecho a la autodeterminación informativa*. De manera que “la autodeterminación informativa se concreta en la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información personal almacenada en medios informáticos tanto por las administraciones públicas como entidades u organizaciones privadas”¹⁹.

Pues bien, esta pretensión de controlar la información personal almacenada informáticamente y, en consecuencia, de establecer un derecho a la autodeterminación informativa, para algunos, ya se recogió en la Constitución Española, en el apartado 4 del artículo 18, que dice “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

¹⁸ I. V. LUCENA CID, “El concepto de intimidad en los nuevos contextos tecnológicos”, cit., p. 133.

¹⁹ Ibídem, p. 135.

Pérez Luño, entre otros, interpretó hace tiempo este artículo de la CE como la justificación de un nuevo derecho fundamental, perteneciente a la tercera generación, cuyo objeto lo constituye la protección de la libertad informativa²⁰. El derecho a la autodeterminación informativa se conforma así como un *habeas data*, como una facultad de dominio sobre los datos y la información personal incluida en archivos informáticos y objeto de tratamiento informatizado. Confiere al titular de un poder para proteger y salvaguardar dicha información sobre su persona de manera que pueda evitar el acceso o la utilización no consentida por parte de terceros. Sin duda, en ese momento, estas sugerencias tuvieron una importante repercusión en la doctrina y en la teoría de los derechos.

Un hito clave en la conformación de este derecho a la autodeterminación informativa fue la sentencia de 1983 del Tribunal Constitucional alemán, por la que resuelve el recurso presentado contra la legislación del censo de ese país²¹. En el texto de la sentencia se hace referencia explícitamente a este nuevo derecho a la “autodeterminación informativa” cuyo objeto es dotar al titular de facultades para decidir y controlar la divulgación y utilización de los datos de carácter personal. La sentencia incluye, además, una interesante descripción de los peligros que acechan a la vida privada y a la intimidad de los individuos con un uso torticero de las tecnologías de la información y la comunicación. Como se ha destacado adecuadamente, lo importante de la sentencia no es que ponga el acento en la “cualidad del dato personal”, sino en “el tratamiento informatizado” que puede resultar de los avances tecnológicos. Lo que los magistrados denominan “enmallamiento” de la información, esto es, no sólo la mera recogida de datos personales aparentemente poco relevantes o sin interés, sino el cruce de los mismos conformando un

²⁰ A. E. PÉREZ LUÑO, “Intimidad y protección de datos personales: de habeas corpus al habeas data” en L. GARCÍA SAN MIGUEL, *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 36-45.

²¹ Sobre esta sentencia puede verse M. ARENAS RAMIRO, “El derecho de protección de datos personales como garantía de las libertades de expresión e información”, en L. COTINO HUESO, (ed.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 380 y ss. El TC alemán entendió que la “autodeterminación informativa” es un elemento indispensable para el libre desarrollo de la personalidad del individuo que, además, es fundamental para su participación en la sociedad. La persona no puede participar libremente en la sociedad si desconoce qué datos personales son utilizados o manejados por otros. El TC alemán concluyó que “la tutela del derecho a la autodeterminación informativa, es decir, el derecho a la protección de datos personales, es un presupuesto necesario para la existencia y el mantenimiento del Estado democrático” (p. 383).

perfil determinado y diferente al deseado por individuo, y su cesión a terceros. El resultado de la extensión de esta práctica ya no daría lugar a *El Gran Hermano* de G. ORWELL, que, al modo del panóptico benthamita, todo lo ve y todo lo controla, sino que, peor todavía, convertiría al ciudadano en el “hombre de cristal”²².

Estas experiencias y el impulso doctrinal no podían pasar desapercibidos para el Tribunal Constitucional español²³. Así, en la primera oportunidad que tuvo se decantó claramente por incorporar al bloque de constitucionalidad un nuevo derecho a partir de las previsiones del artículo 18.4. Bien es cierto que el legislador español puso poco interés en el cumplimiento del mandato constitucional de desarrollar legislativamente dicho artículo y que, además, pudo agarrarse a la aplicación directa del Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, de 28 de enero de 1981, que no entró en vigor en España hasta 1985.

Y, en efecto, el Tribunal Constitucional español dio un importante paso a favor del derecho a la autodeterminación informativa en su STC 254/1993, de 20 de julio. En ella, se resolvía un recurso de amparo de un ciudadano interpuesto ante el silencio administrativo del Gobernador Civil de Guipúzcoa y del Ministerio del Interior ante su petición de información sobre los datos de carácter personal que obrasen en ficheros automatizados de la Administración del Estado, así como sobre su finalidad. De dicha sentencia, dada la novedad de la argumentación, merece la pena entresacar algunas ideas importantes. En primer lugar, el Tribunal Constitucional señaló, en relación al contenido mínimo del derecho o libertad contenido en artículo 18.4: “Un primer elemento, el más ‘elemental’, de ese contenido, es, sin duda, ne-

²² A. I. HERRÁN ORTIZ, *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*, Universidad de Deusto, Bilbao 2003, p. 14 y *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Dykinson, Madrid, 2003, cap. 2 (<http://app.vlex.com/vid/1907760>).

²³ Cabe destacar la ya mencionada aportación del prof. A. E. PÉREZ LUÑO, “Intimidad y protección de datos personales ...”, cit., así como la de otros autores como P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990 y P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y J. L. PIÑAR MAÑAS, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Europeo, Madrid, 2009; R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Cívitas, Madrid, 2004 y “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”, *Revista d’Internet, Dret i Política*, num. 5, 2007, pp. 47-61; y M^a M SERRANO PÉREZ, *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho Español y comparado*, Cívitas, Madrid, 2003.

gativo, respondiendo al enunciado literal del derecho: el uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derecho. Ahora bien, la efectividad de ese derecho puede requerir inexcusablemente de alguna garantía complementaria, Como señala el Ministerio fiscal, la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada 'libertad informática' es, así, también derecho a controlar el uso de los mismos insertos en un programa (*habeas data*)" (FJ7). En definitiva, un derecho a la autodeterminación informativa o una libertad informática, que, como *habeas data*, tiene una doble cara: *negativa*, por la cual el uso de la informática tiene un límite en el respeto al honor y la intimidad personal y el en el pleno ejercicio de los derechos; y otra *positiva*, por la cual faculta a controlar el uso esos datos²⁴.

Y, como dice a continuación, "esta constatación elemental de que los datos personales que almacena la Administración son utilizados por sus autoridades y sus servicios impide aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades negativas, de exclusión. *Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de una Administración pública donde obra datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el art. 18CE, y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos. Por ende, dichas facultades de información forman parte del contenido del derecho a la intimidad...*" (FJ7, cursiva del autor).

En suma, un nuevo derecho fundamental surgido como protección ante las inferencias tecnológicas en el ámbito de los derechos de la personalidad. El paso dado por el Tribunal Constitucional, es decir, el reconocimiento de un derecho a la autodeterminación informativa o de una libertad informática, fue un paso muy importante. En todo caso, un derecho o una libertad que, todavía en esta sentencia, está ligado al derecho a la intimidad personal y familiar y al derecho al honor. Precisamente, esta vinculación a los dere-

²⁴ Como magistralmente ha reconocido R. MARTÍNEZ: "La autodeterminación informativa se define como un conjunto de derechos subjetivos, deberes, procedimientos, instituciones y reglas objetivas, por medio de los cuales se articula la técnica de protección de datos y se atribuye a sus titulares una posición jurídica subjetiva correspondiente al status de *habeas data*. El contenido típico de la autodeterminación informativa estará integrado por una serie de facultades y poderes de control... Estas facultades de control constituyen el elemento básico de la caracterización de este nuevo derecho fundamental" R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., pp. 253-254.

chos del art. 18.1 CE mostrará pronto los límites reales de las garantías previstas en el derecho a la autodeterminación informativa. Y, es que, en efecto, el uso torticero de la informática, esto es, el enmallamiento o el entrecruzamiento de datos personales para crear un perfil de los individuos sobrepasa la visión tradicional de la intimidad. Dicho de otra forma, el cruce de información que, en principio, no afecte a aspectos íntimos del individuo (sobre hábitos de vestido, alimentario, deportivos, sobre la salud, uso de tarjetas bancarias, lectura, vida familiar, etc.), puede dar lugar a una composición de la persona que atente a su dignidad.

4.2. ... al derecho a la protección de los datos de carácter personal

Por eso, pronto, una parte de la doctrina mostró su insatisfacción ante la vinculación de las facultades de control, previstas en la autodeterminación informativa, con el derecho a la intimidad, incluso, con los derechos de la personalidad, defendiendo, así, la necesidad de justificar un derecho fundamental nuevo, autónomo, con su contenido esencial distinto, aunque ligado a los derechos del artículo 18 CE²⁵. Este derecho es *el derecho a la protección de los datos de carácter personal*²⁶.

Algún autor ha calificado de “arduo” al proceso de configuración del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales²⁷. Y no le falta razón. En una brillante sinopsis, VALERO TORRIJOS

²⁵ Por ejemplo, esta insatisfacción con el vínculo entre concepto de intimidad y la protección de datos puede verse en M^a M. SERRANO PÉREZ, *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, cit., pp. 72 y ss. Como afirma siguiendo a LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, el concepto restringido de intimidad recogido en nuestro ordenamiento sólo tutelaría una parcela de los datos personales. La noción de intimidad, en suma, tiene sus límites y no puede extenderse como un chicle a datos que no son privados, pero son personales. Lo mismo en A. TRONCOSO REIGADA, *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 68 y ss. No obstante, este último autor señala el carácter bífrente del derecho del art. 18.4 CE: por un lado, vinculado al derecho a la intimidad y al art. 18 CE y, por otro, como derecho fundamental autónomo a la protección de datos personales.

²⁶ Aunque buena parte de la doctrina utiliza el término “derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal” a este nuevo derecho creado por la STC 292/2000, de 30 de noviembre, hay también autores que prefieren el rótulo anterior de “autodeterminación informativa”. Véase A. GARRIGA, *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, 2^a ed., Madrid, 2009.

²⁷ Vid. J. VALERO TORRIJOS (coord.), *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica. Riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*, Aranzadi, Cizur (Navarra), 2013.

señala los hitos más destacados en la construcción de este derecho. Una primera etapa, que coincide con la elaboración del derecho a la autodeterminación informativa ya señalada, se caracteriza, ante la falta de desarrollo previsto en el art. 18.4 CE, por la aplicación directa del Convenio 108 del Consejo de Europa por parte del Tribunal Constitucional, así como de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y se plasma en STC 254/1993, de 20 de julio. Poco antes de este fallo, el legislador cumplió con la previsión normativa de dicho artículo y aprueba la Ley Orgánica 5/1992, de 28 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD). No obstante, pronto tuvo que plantearse su reforma, pues la Unión Europea aprobó la Directiva 95/46/CE de la Protección de las Personas frente al Tratamiento de sus Datos Personales y de la Libre Circulación de esos Datos (DPD). Pero, lo que iba a ser una mera reforma de la LORTAD se convirtió finalmente en una revisión exhaustiva que se concretó en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que consagró, en esencia, la regulación anterior²⁸. Pero, la consagración definitiva no llegó hasta la STC 292/2000, de 30 de noviembre, por la que el alto tribunal resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la LOPD y por la que anula alguno de los apartados de esos artículos²⁹.

²⁸ Un estudio exhaustivo y detallado de la LOPD, de su aplicación y del papel de la Agencia Española de Protección de Datos puede encontrarse en A. TRONCOSO REIGADA, *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*, cit., y en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Cívitas, Madrid, 2010.

²⁹ Antes de esta importante sentencia, la STC 11/1998, de 13 de enero, reiteró las tesis básicas de la STC 254/1993 poniendo en relación la autodeterminación informativa con otros derechos y libertades individuales, en este caso, la libertad sindical. En efecto, abunda especialmente en el carácter instrumental de las previsiones del art. 18.4 CE y, además, declara de nuevo su carácter de derecho autónomo cuyo objeto es controlar el flujo de informaciones que conciernen a la persona –a la “privacidad”–. Como afirma en su FJ 5 “la STC 254/1993 declaró en relación con el art. 18.4 CE, que dicho precepto incorpora una garantía constitucional para responder a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona. Además de un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, es también, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos (FJ 6). La garantía de la intimidad, *latu sensu*, adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (FJ7)”.

En definitiva, como ha puesto de manifiesto el autor antes citado, “partiendo del haz de facultades reconocido en el Convenio 108, el Tribunal Constitucional ha otorgado a la protección de los datos personales una auténtica dimensión activa más allá de las estrictas limitaciones que se derivarían de una interpretación literal del artículo 18.4 de la Norma Fundamental. En efecto, frente a la exigencia constitucional de que resultaba preciso limitar legalmente el uso de la informática, la interpretación realizada por la jurisprudencia constitucional ha culminado en el reconocimiento de un auténtico derecho fundamental que otorga a las personas físicas una posición jurídica activa que, sustancialmente y sin perjuicio de otras facultades adicionales, se concreta en la posibilidad de autorizar a terceros el manejo de sus datos personales y, en su caso, la cesión de los mismos mediando el oportuno consentimiento”³⁰.

Como se afirma en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, “el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado” (FJ 5). Con una doble consecuencia: los “datos personales” no se ciñen a los datos íntimos o privados, sino a todos aquellos que puedan afectar al ejercicio de los derechos individuales, sean o no fundamentales (FJ 6); y, por otro lado, ese “poder de control” se concreta en “un haz de facultades” que no son meramente negativas, sino que constituyen un principio activo para “saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa oposición o uso” (FJ 7). Según esta sentencia, estos poderes de disposición y control “se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular”³¹. Tanto en esta sentencia como en la legislación, en la doctrina y en las actuaciones de la Agencia de Protección de Datos, cada vez es más importante la emisión de consentimiento por parte del titular de los datos³².

³⁰ J. VALERO TORRIJOS, “Las quiebras en Internet de la regulación legal del derecho a la protección de datos de carácter personal: la necesaria superación de un modelo desfasado” en J. VALERO TORRIJOS, (coord.), *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica. Riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*, cit., p. 33.

³¹ M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho al olvido digital en la Web 2.0. Cuaderno Red de Cátedras Telefónica*, num. 11, Universidad de Salamanca, 2013, p. 21.

³² Es demasiado prolijo hacer una referencia extensa de los argumentos de esta importante sentencia del Tribunal Constitucional. No obstante, dada su relevancia, resulta im-

La STC 292/2000, de 30 de noviembre, sigue así la línea de sentencias anteriores. Realmente, fue coherente con el hilo argumentativo que se había mantenido hasta la fecha; además, junto a ello, se apoyó en los documentos y tratados internacionales ratificados por España (art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de

prescindible la mención de alguno de sus argumentos clave en favor de un nuevo derecho, el derecho a la protección de los datos de carácter personal. Para lo que nos ocupa, pueden destacarse, entre otros, los siguientes argumentos: 1.- El derecho a la intimidad y el derecho fundamental a la protección de datos comparten un objetivo como es el “de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar” (FJ 4). 2.- Sin embargo, frente a la protección de las invasiones que aporta el derecho a la intimidad, el derecho fundamental a la protección de datos, “atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos” (FJ 4). 3.- La peculiaridad de este nuevo derecho respecto al de la intimidad “radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran” (FJ 4). 4.- El derecho fundamental a la protección de los datos incluye aquella información que afecta a la intimidad y al honor y, además, también cualquier dato que sea relevante para o tenga incidencia en el ejercicio de cualquier otro derecho de la persona, sea o no un derecho constitucional, apunta el alto tribunal. Dicho de otra forma, el nuevo derecho fundamental no se reduce a la protección de los datos íntimos de la persona, sino a cualquier “dato personal, sea íntimo o no, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales” (FJ 5). Pues su objeto es la protección de los datos de carácter personal y no sólo la información íntima o privada ya protegida por el derecho a la intimidad. 5.- Además, el derecho a la protección de los datos de carácter personal tiene una “segunda peculiaridad” que lo diferencia del derecho a la intimidad: mientras este derecho confiere a la persona un poder jurídico para lograr la abstención o la exclusión de terceros, el nuevo derecho “atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos”. El objetivo de estos poderes consiste en “garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: *el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos*” (FJ 6, cursiva del autor). 6.- En suma, **“el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”**. Por lo tanto, el derecho a la protección de datos personales contiene un doble poder de disposición y control: “por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo; y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y esos usos” (FJ 7, negrita en el original).

Datos de Carácter Personal, de 28 de enero de 1981, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos), así como en la jurisprudencia asentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³³.

Desde la fecha del fallo que estamos mencionando hasta ahora el Tribunal Constitucional ha ratificado las ideas centrales de la STC 292/2000, de 30 de noviembre; incluso, ha profundizado en alguno de los principios clave de la protección de los datos de carácter personal desarrollados por la LOPD³⁴. Y tampoco puede olvidarse la alegría con la que un sector de la doctrina ha recibido la innovación jurisprudencial, más allá de los debates siempre necesarios. Hasta el punto de que son numerosos los trabajos que, desde entonces, se han realizado; por no mencionar, además, la encomiable labor de la Agencia de Protección de Datos³⁵.

³³ El TC tuvo en cuenta, entre otras, las SSTEDH, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio 1989; caso Funke, de 25 de febrero de 1993, caso Z, de 225 de febrero de 1997.

³⁴ Entre otras, la STC 70/2009, de 23 de marzo, sobre datos relativos a la salud; la STC 96/2012, de 7 de mayo, sobre datos bancarios; STC 29/2013, de 11 de febrero, sobre el uso de cámaras de video-vigilancia; STC 17/2013, de 31 de enero, que resuelve un recurso contra la Ley de Extranjería de 2003; STC 170/2013, de 7 de octubre, sobre el uso de ficheros informáticos en el ámbito laboral; STC 199/2013, de 5 diciembre, y la STC 23/2014, de 13 de febrero, sobre ficheros policiales.

³⁵ En efecto, desde la publicación de esta sentencia del Tribunal Constitucional, han sido numerosos los trabajos que estudian y analizan los diferentes documentos sobre el derecho a la protección de los datos de carácter personal, desde la misma LOPD, el Convenio 108, la Directriz 95/46(CE), la labor de la Agencia de Protección de Datos, etc. Entre los aspectos más analizados, están el del concepto de dato personal, el principio de calidad de datos personales (a su vez, materializado en los principios de finalidad y de proporcionalidad del tratamiento), el principio de legitimación en el tratamiento, el derecho de acceso del interesado e, incluso, de oposición, la emisión del consentimiento, transferencia de los datos, etc. Pueden verse los trabajos de C. BARRIUSO RUIZ, "Las redes sociales y la protección de datos hoy", *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, vol. II, 2009, pp. 301-338; L. COTINO HUESO, edit., *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Publicaciones Universitat de Valencia, Valencia, 2011; A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, "Una nueva exigencia de la libertad: la protección de los datos personales sensibles", *Dereito*, vol. 9, num. 2, 2000, 49-81; A. I. HERRÁN ORTIZ, *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*, cit., R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas", cit., E. MITJANS PERELLÓ, "Impacto de las redes sociales en el derecho a la protección de datos personales", *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, vol. II, 2009, pp. 107-129, L. REBOLLO DELGADO, *Derechos fundamentales y protección de datos*, cit., A. TRONCOSO REIGADA "La protección de datos

De todo este material, para el tema que nos ocupa, es decir, la injerencia en la vida privada o el uso de datos personales a través de medios informáticos, resulta relevante, entre otras cuestiones, la configuración de los llamados derechos ARCO (derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición) que aparecen tanto en la Directiva 95/46/CE como en la LOPD y que han sido objeto de especial atención por la Agencia Española de Protección de Datos y por los especialistas³⁶. El derecho de acceso, que funciona realmente como *habeas data*, materializa un derecho de consulta general que posibilita el conocimiento de los datos personales, cuando se precisa el consentimiento informado, y, en consecuencia, faculta recabar la información que se precise: consiste en “el derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, y el origen de los mismos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos” (15.1 LOPD). Una vez se ha podido acceder a los datos personales, el titular puede optar, según la exactitud o no de lo consultado, por solicitar la rectificación, en cuyo caso se sustituyen los datos erróneos por otros actuales y correctos, o por la cancelación (16.2 LOPD). La cancelación “dará lugar al bloqueo de los datos” a expensas de las responsabilidades que puedan derivarse para el titular del fichero. Una vez pasado un tiempo procederá la supresión de esos datos (16.3 LOPD). Por su parte, el derecho de oposición al tratamiento de datos opera en los supuestos en los que, de acuerdo a la legislación, no es necesaria la emisión de consentimiento del titular dado que el motivo del tratamiento es “legítimo y fundado”. Cabe también la posibilidad de ejercicio del derecho de oposición en los casos de ficheros cuyo objeto es la publicidad o la prospección comercial o el tratamiento del dato tiene por objeto la adopción de alguna decisión referida al afectado. En definitiva, un elenco de poderes que posibilita al titular proteger y garantizar un uso consentido o razonable de sus datos de carácter personal.

personales. Una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2003, 19-20, pp. 231-331, J. VALERO TORRIJOS, “Las quiebras en Internet de la regulación legal del derecho a la protección de datos de carácter personal: la necesaria superación de un modelo desfasado”, cit.

³⁶ Un documento claro para la comprensión de la complejidad de la protección de datos de carácter personal es la guía editada por la Agencia Española de Protección de Datos: *El derecho fundamental a la protección de datos Guía para el ciudadano* (https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guías/GUIA_CIUDADANO.pdf).

5. EL ÚLTIMO PASO: ¿EL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL?

Pero, ¿en el caso de una persona afectada por la violación de su vida privada al estilo de lo sucedido con “Ashley Madison” quedaría realmente satisfecha con el empleo de alguno de los mecanismos previstos en la legislación y con la actuación de la Administración? Es evidente que, al margen de las responsabilidades penales que pudieran derivarse de una actividad delictiva, el daño producido a la vida personal, al honor o a la reputación y a la dignidad de las personas que confiaron en la seguridad de esa empresa de contactos es difícilmente reparable y puede dejarnos insatisfechos la respuesta jurídica ante estos supuestos³⁷. Ciertamente, el ordenamiento jurídico ha ido, poco a poco, arbitrando mecanismos y procedimientos de persecución y reparación en los que el consentimiento informado y la voluntad activa del titular adquieren una especial importancia. Pero, también es cierto que responde tarde y que sus medidas son siempre reactivas. Pues, como ha escrito un especialista en esta materia preocupado por el estatuto de derechos individuales, “esta sobreprotección jurídica no tiene efecto alguno en la realidad. Y es que en la red queda absolutamente indefenso el afectado en sus datos personales”³⁸. Actúa *a posteriori* y no siempre hay garantías de éxito.

Además, con el dominio de las tecnologías de la información y comunicación en la sociedad actual surge un nuevo problema. Históricamente, una de las obsesiones de la humanidad ha sido el de lograr que sus obras perdurasen en el tiempo y, en consecuencia, uno de los problemas ha sido siempre el de recuperar el pasado y, por tanto, el de reconstruir la memoria histórica de las sociedades. En la actualidad, se han invertido los términos de esta ecuación. Ya

³⁷ Un interesante estudio sobre las consecuencias penales de un uso torticero de las TIC en relación a los datos de carácter personal puede verse en A. GALÁN MUÑOZ, “¿Nuevos riesgos, viejas respuestas?: estudio sobre la protección penal de los datos de carácter personal ante las nuevas tecnologías” en A. GALÁN MUÑOZ, coord., *La protección jurídica de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación*, cit., pp. 203-280. También en la doctrina penal se discute sobre el alcance de la protección: si se ciñe a datos vinculados a la intimidad o privacidad o si se extiende el ámbito de aplicación. En este sentido, el art. 197.2 del Código penal castiga a quien, “sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o informáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado”, lo que parece dar pie a una interpretación amplia del concepto de “dato personal”, no reducido a los hechos íntimos o privados.

³⁸ L. COTINO HUESO, *Libertades de expresión e información en internet...*, cit., p. 388.

no es así. “La imprenta, la revolución tecnológica del siglo XX con la radio, la televisión y la telefonía, y sobre todo Internet en los últimos años, han puesto a disposición de las personas la posibilidad de acceder en tiempo real a información y conocimiento a nivel mundial. Hoy en día es posible obtener información con independencia de la fecha en la que se haya generado o publicado el dato y es posible obtenerla desde cualquier lugar, con independencia de la mayor o menor lejanía geográfica”. Más, aún, en la era digital “grabar, guardar, almacenar información” es fácil, rápido, barato y apenas ocupa espacio³⁹.

Como consecuencia de esta situación, surge un nuevo problema, cual es el de qué sucede con la información no deseada sobre nuestra vida que permanece y se puede desplazar por Internet. ¿Tienen que conformarse los afectados por el ataque a “Ashley Madison” con el ejercicio de las potestades que, en este momento, les confiere el derecho fundamental a la protección de datos, con la posible insatisfacción por los resultados derivados, o tienen que intentar una acción más positiva que les permita limpiar su reputación, proteger su vida privada, rescatar sus datos personales y así evitar un uso torticero de los mismos?

La cuestión no es baladí, pues afecta a numerosas parcelas de la vida individual que, de forma consciente o no, se han introducido en registros, webs, blogs, wikis, etc., que pueden configurar un perfil no deseado o irreal o, simplemente, tiene por objeto unos datos y una información que ya no es correcta y que interesa eliminar.

Pues bien, de nuevo, hay que afirmar que, pese a la lentitud de la adaptación de la legislación a las nuevas situaciones, se han producido iniciativas novedosas que tienden a la configuración de un nuevo derecho: *el derecho al olvido digital*. En efecto, cada vez más, la actuación de la administración competente, de los tribunales –en particular, el TJUE– y de la doctrina reclama el reconocimiento de potestades que permitan la supresión de ese tipo de información que sigue viva en Internet, a pesar de que sea incorrecta e incompleta, de que, por el paso del tiempo, se haya quedado obsoleta y que, sin embargo, pueda tener unos efectos nocivos sobre la reputación, el honor o la vida privada de las personas.

En el desarrollo de esta nuevo derecho, si así se le puede llamar, ha tenido, primero, un importante papel la Agencia Española de Protección de Datos y, finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que

³⁹ M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho al olvido digital en la Web 2.0*, cit., p. 7.

ha sido claro en este extremo en la resolución que respondía a la cuestión prejudicial presentada por la Audiencia Nacional de España y que ha dado lugar a la STJUE *Google vs. AEPD*, de 13 de mayo de 2014⁴⁰.

El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, como hemos visto, ha quedado configurado como un “haz de facultades” cuya manifestación concreta se ha materializado principalmente en los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición). Pues bien, las estadísticas evidencian que una buena parte de las iniciativas de los ciudadanos en el ejercicio de estos derechos ha tenido por objeto la activación o bien del derecho a la cancelación de datos o bien del derecho de oposición, lo cual quiere decir que hay una importante inquietud en los ciudadanos por el uso y el tratamiento de su datos personales. Precisamente, es esta preocupación, cada vez más extendida, por el destino de la información personal la que justifica, para algunos, la aparición del derecho al olvido digital⁴¹. Un derecho al olvido que se configura como un derecho a reclamar la cancelación y la oposición al tratamiento de los datos personales cuando éstos ya han cumplido con la finalidad para la cual fueron recabados. Pues, en definitiva, los individuos no tienen por qué resignarse a que sus datos estén tratados o expuestos eternamente al público.

Y un hecho importante: “Si bien es cierto que los ciudadanos fueron pioneros al plantear esta cuestión a la AEPD, no lo es menos que esta última también lo fue al empezar a dictar resoluciones singulares y atrevidas,

⁴⁰ Sobre la historia, corta pero intensa, y la justificación del derecho al olvido digital puede verse M. HERNÁNDEZ RAMOS, “El derecho al olvido digital en la Web 2.0”, cit.; A. RALLO, *El Derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014; P. SIMÓN CASTELLANO, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch/ Agencia Española de Protección de Datos, Valencia, 2012 y *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, Bosch, Madrid, 2015.

⁴¹ HERNÁNDEZ RAMOS justifica este derecho al olvido a partir de los datos de la Agencia Española de Protección de Datos. Según la memoria del 2011, el 50,35% de las consultas realizadas están relacionadas con el derecho de cancelación y el 27,85 con el derecho de oposición. En total, el 80%, lo cual demuestra la preocupación de los ciudadanos ante la indexación de sus datos publicados en medios de comunicación, en diarios y boletines oficiales, etc. “Como consecuencia de esta concienciación por parte de la sociedad de sus derechos fundamentales en la red, se empieza a demandar ampliar el contenido de ese derecho fundamental de la protección de datos con el llamado ‘derecho al olvido’” M. HERNÁNDEZ RAMOS, “El derecho al olvido digital en la Web 2.0”, cit., p. 9. En la memoria del 2014 de la AEPD, los datos que figuran sobre las consultas realizadas son los siguientes: sobre el derechos de acceso, el 25%; el de rectificación 3,75%; de cancelación 55,11% y de oposición 15,03%. Pueden consultarse los datos de la memoria del 2014 en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/informacion_institucional/common/memorias/2014/Memoria_AEPD_2014.pdf

incluso en perspectiva comparada, en las que se tutelaban los derechos de cancelación y oposición de los ciudadanos obligando a los motores de búsqueda a implementar medidas técnicas para evitar la indexación de los datos personales”⁴². Al resolver las peticiones de cancelación y oposición, la AEPD, desde 2007, consideró que el tratamiento de los datos personales no sólo se hacía a través de las webs donde están registrados, sino también a través de los motores de búsqueda cuando realizan la función de indexación. Con este argumento, ha ido admitiendo una buena parte de las reclamaciones de cancelación y oposición. La posición de la AEPD, por tanto, se basa en la tesis de que los motores de búsqueda (*Google, Yahoo!, Bing, etc.*) realizan un tratamiento de datos al indexar la información ya existente en la red, aunque no sean titulares de un fichero y que, en consecuencia, debe aplicarse la legislación europea y española en esta materia⁴³.

Quiere decir esto que, al menos, las personas pueden promover la cancelación y oposición de esa información cuando no tiene relevancia pública o cuando no hay una finalidad legítima que justifique el tratamiento de estos datos. O, lo que es lo mismo, los españoles afectados por la violación de la seguridad de la agencia Ashley Madison podrían ejercer estos derechos para evitar que esa información personal sensible pulule por Internet.

Pero, como ya se ha adelantado, la actuación de las autoridades españolas ha tenido una importante repercusión en Europa: “El trabajo de la AEPD ad hoc del reconocimiento formal del derecho al olvido digital, o en la terminología que se prefiera –derecho de cancelación y oposición al tratamiento de los datos personales–, se ha seguido consolidando y concretando hasta la fecha, también gracias a la doctrina contenida en la STJUE de 13 de mayo de 2014. De hecho, la doctrina que la AEPD ha forjado a lo largo de los últimos siete años se ha visto claramente respaldada por el fallo del TJUE, que ha dado la razón a la autoridad española, con lo que ha reconocido formalmente en Europa el derecho al olvido digital”⁴⁴.

⁴² P. SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y la UE*, cit. p. 206.

⁴³ Para profundizar en esta cuestión se recomienda los libros ya citados de SIMÓN CASTELLANO. Como señala este autor, el papel de la AEPD ha sido clave en el reconocimiento e impulso del derecho al olvido digital al seguir una línea constante y coherente en la interpretación de la función de los motores de búsqueda que, al final, ha llevado al pronunciamiento del TJUE. P. SIMÓN CASTELLANO, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, cit., p. 137; y *El reconocimiento del derecho al olvido en España y en la UE*, cit., pp. 204 y ss. y 296.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 218.

En efecto, la posición de la AEPD quedó reflejada en la STJUE de 13 de mayo de 2014 que resolvía, como he anticipado la cuestión prejudicial presentada por la Audiencia Nacional sobre la interpretación de los arts. 2, 4 y 14 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y del art. 8 de la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea. En concreto, afirma que “por consiguiente, debe declararse que, al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda ‘recoge’ tales datos que ‘extrae’, ‘registra’ y ‘organiza’ posteriormente en el marco de sus programas de indexación, ‘conserva’ en sus servidores y, en su caso, ‘comunica’ y ‘facilita el acceso’ a sus usuarios en forma de listas de resultados de búsqueda. Ya que estas operaciones están recogidas de forma explícita e incondicional en el artículo 2, letra b) de la Directiva 95/46, deben calificarse de ‘tratamiento’”⁴⁵.

La repercusión de esta STJUE fue inmediata. Tuvo un doble efecto. Por un lado, en los motores de búsqueda y, en particular, en *Google*. No sólo se preocuparon e, incluso, molestaron por dicha sentencia, sino que reaccionaron y, a la vista de las posibles consecuencias, tomaron sus medidas. Por lo pronto, *Google* habilitó rápidamente una plataforma, que empezó a funcionar el 30 de mayo de 2014, para recoger las peticiones de ejercicio del derecho al olvido⁴⁶. Además, como la cuestión de fijar los criterios para la desindexación no están claros y la STJUE no los especifica, *Google* estableció un Consejo Asesor, de diez miembros, con el objetivo de establecer unas pautas

⁴⁵ La cuestión elevada por la Audiencia Nacional no se ceñía exclusivamente al objeto de aclarar si la labor de los motores de búsqueda suponía o no “tratamiento” de datos, desde una perspectiva legal. Este órgano jurisdiccional presentó cuatro cuestiones prejudiciales que, a su vez, dependiendo de la respuesta habría también a una batería de nuevas cuestiones. Entre otras, preguntaba sobre la aplicación o no de la legislación europea a una empresa cuya sede no estaba en el territorio de la Unión, incluyendo el supuesto de que operase a través de una filial. Sobre estos y otros aspectos de la STJUE puede verse SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, cit., pp. 255 y ss., y L. COTINO HUESO, “El conflicto entre las libertades de expresión e información en internet y el derecho a la protección de datos. El derecho al olvido y sus retos: ‘un falso derecho a juzgar por un falso tribunal’”, en I. BEL y L. CORREDOIRA (ed.), *Derecho a la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 413 y ss.

⁴⁶ Según los datos que recoge Pere SIMÓN CASTELLANO, en las primeras veinticuatro horas recogió 12.000 reclamaciones y hasta el 30 de junio, 70.000 solicitudes de desindexación. P. SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido en España y en la UE*, cit., p. 268. Sobre esto, puede verse también L. COTINO HUESO, “El conflicto entre las libertades de expresión e información en internet y el derecho a la protección de datos...”, cit., pp. 421 y ss.

y de aplicarlas caso a caso, incluso, utilizando la técnica de la ponderación que sopesa el derecho al olvido del individuo y el interés del público por la información indexada⁴⁷.

Por otro lado, tuvo consecuencias en la legislación interna de la Unión Europea. La Comisión Europea inició, a través de una de una Comunicación de 2010, el proceso de elaboración de un Reglamento para la protección de los ciudadanos en relación con el tratamiento de los datos personales y la libre circulación de dichos datos, cuyo Proyecto fue presentado el 25 de enero de 2012. La discusión y elaboración de este Proyecto de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo quedaron paralizados como resultado de la STJUE de 2014. Pero, frente a lo que hubiera podido parecer, esta sentencia fue, sin embargo, un revulsivo para la aprobación de dicho texto. En efecto, en junio de 2015 la Comisión Europea presentó un nuevo Proyecto de Reglamento General de Protección de Datos Personales que ha sido objeto de discusión a tres bandas con el Parlamento Europeo y el Consejo. El 15 de diciembre de 2015, las tres instituciones llegaron a un principio de acuerdo y, finalmente, se aprobó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE⁴⁸.

El nuevo Reglamento de la UE que sustituye a la Directiva 95/46/CE es bastante prolijo en el desarrollo del ámbito de aplicación, de las actividades y datos que quedan sujetos al mismo, así como en la regulación sobre el papel del “responsable del tratamiento” y del consentimiento del interesado. Para nuestro trabajo, lo más interesante es la elaboración del catálogo de derechos que vertebran la protección de datos personales de los europeos. Pero lo más interesante, sin duda, es *el pleno reconocimiento del derecho al olvido* (art. 17). En efecto, en el texto se encuentra todo un abanico de derechos que conforma

⁴⁷ Los especialistas no han dejado de notar el “panorama desolador” dejado por la STJUE de 13 de mayo por cuanto, aunque reconoce el derecho individual al olvido digital, al final, deja en manos de los buscadores “el papel interpretativo para ponderar los derechos fundamentales... El Consejo Asesor de Google puede equipararse así a un falso tribunal del derecho al olvido digital, cuya actividad pone en cuestión la neutralidad de Internet”. P. SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y la UE*, cit., p. 306.

⁴⁸ Este Reglamento, así como otros aspectos de la protección de datos fue objeto de una interesante reflexión en el Simposio de la Red “El Tiempo de los Derechos” que tuvo lugar en Cádiz, en noviembre de 2016. Agradezco a la profesora Cristina Pauner Chulvi los comentarios que me hizo sobre la vigencia del Reglamento 679/2016.

ese haz de derechos que protegen los datos personales: el derecho a la información cuando los datos no se hayan recibido directamente del interesado (art. 14), el derecho de acceso (art. 15), el derecho de rectificación (art. 16), el derecho a la limitación del tratamiento (art. 18), el derecho a que el interesado sea notificado ante cualquier rectificación o supresión de datos personales (art. 19), el derecho a la portabilidad de los datos (art. 20), el derecho de oposición (art. 21). Y, como adelanté, el derecho de supresión o, literalmente, *derecho al olvido*. Según el artículo 19.1 “el interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando”.

Lógicamente, hay que esperar a que las diferentes situaciones que se vayan produciendo den lugar al ejercicio de todo el “haz de derechos” del derecho a la protección de datos y a que se vayan produciendo los pronunciamientos de las diferentes autoridades y de las agencias de protección. Con todo, para empezar, es una buena noticia que la Unión Europea haya tomado cartas en el asunto y haya regulado una materia tan sensible. Iremos viendo cómo se concreta y qué resultado da, y qué nuevas realidades van surgiendo en un ámbito tan sensible.

6. REFLEXIONES FINALES

Con el rótulo “La Guardia Civil investiga chantajes a clientes españoles en Ashley Madison”, un periódico de tirada nacional volvía sobre los hechos con los que abríamos estas páginas, pero esta vez situando la noticia en España⁴⁹. Según este medio, la Guardia Civil investiga esos sucesos a la vista de las denuncias presentadas desde el verano de 2015. “Decenas de españoles han recibido en las últimas semanas –reza la noticia– correos electrónicos en los que se les recuerdan actividades extramatrimoniales y se les piden cantidades de dinero que van entre los 500 y los 2000 euros generalmente. Un chantaje a cambio de no compartir esa información con sus parejas o su entorno familiar, social y laboral”. En su día, el grupo de hackers, *The Impact Team*, no sólo pirateó la información sensible sobre las relaciones personales, sino también los datos financieros y las transacciones a que dieron lugar. Esta información es también utilizada y tiene, lógicamente, un papel importante en el chantaje.

⁴⁹ *El País*, 21/10/2015.

Después de lo desarrollado en las páginas anteriores, cabe preguntarse si estas personas –cualquier persona en una situación parecida o similar– pueden esperar una respuesta adecuada del entramado normativo constitucional a la intromisión en su intimidad o contra el uso torticero de sus datos a través de medios tecnológicos. Con toda seguridad, la respuesta no puede ser otra que negativa. Realmente, la protección de los bienes vinculados a la personalidad ha ido incorporándose muy lentamente al sistema de derechos y libertades fundamentales y, en todo caso, siempre con carácter reactivo, es decir, una vez se ha producido esa violación o mal uso de los datos y se ha extendido como problema generando una amplia sensibilidad social. Ciertamente es que la reacción de ordenamiento jurídico no puede ser nada más que *a posteriori*, cuando se ha producido dicha intromisión, y pocas veces establece medios preventivos de garantía de esos derechos. Probablemente, por otra parte, a las intromisiones tecnológicas sólo puede responderse con mayor protección tecnológica. Es decir, frente al ingenio de los *hackers* sólo cabe la respuesta de la imaginación de la ingeniería de seguridad de las webs. Y, en este sentido, ambas habilidades están estrechamente enlazadas. De hecho, éste es uno de los motores a partir del cual sigue avanzando la tecnología de la información y de la comunicación. Por eso, bien que se puede reprochar a Ashley Madison la endeblez de su sistema de seguridad que quebró la confianza depositada por los usuarios de su web y de sus servicios. Endeblez, claro, que viene demostrada por la misma actividad de los *hackers*.

Con todo, del itinerario seguido con anterioridad pueden extraerse algunas claves que, si bien no eliminarán una cierta frustración, al menos, pueden paliar o reducir la insatisfacción generada por los límites de la protección jurídica a los bienes de la personalidad:

1. Inicialmente, la protección de los derechos vinculados a la personalidad no encontró un reconocimiento en los textos constitucionales. En efecto, a pesar de su consideración como derecho de la primera generación, el derecho a la intimidad o el derecho a la privacidad –el derecho a la imagen, al honor, etc.– no encontraron su reconocimiento en los primeros textos declarativos sobre derechos y libertades fundamentales. Su positivación no llegará hasta el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. De ahí se extenderá al resto de declaraciones internacionales y a los textos constitucionales de las naciones que elaborarán o modificarán su Carta Magna a partir de esa fecha. Y del reconocimiento del derecho a la intimidad, en una evolución incesante de la mano del desarrollo

de los individuos y de las sociedades tecnológicas, se irá recogiendo otros derechos también relacionados con la persona –el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la protección de datos de carácter personal, el derecho al olvido digital, etc.–.

Lo que hay que destacar en este punto es la importancia en esta evolución del *papel de la jurisprudencia* hasta el punto de que puede afirmarse que *son derechos de algún modo configurados por los altos tribunales*. Así fue con el *right of privacy* reivindicado, en su artículo, por S. WARREN y L. D. BRANDEIS como “derecho a estar solo” o a “ser dejado en paz”, pero que no alcanzó reconocimiento hasta que el juez Cooley hiciera suyas las tesis e influyera en las sentencias de la Corte Suprema de EEUU. Pero, si importante fue el papel de los tribunales en el reconocimiento del derecho a la intimidad, antes de su plasmación en las declaraciones de derechos, otro tanto puede afirmarse respecto al resto de derechos vinculados a los datos de carácter personal. A pesar de que el art. 18.4 CE incluye una prevención respecto a las injerencias tecnológicas en el ámbito íntimo, será, finalmente, la STC 2554/1993, de 20 de julio, aplicando el derecho de la Unión Europea, la que acabe por dar el paso de transformar esa prevención en un derecho autónomo, el derecho a la autodeterminación informativa. E igualmente, pasados pocos años, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, la que, al resolver el recurso del Defensor del Pueblo contra la LOPD, dota a la regulación del art. 18.4 CE de una nueva dimensión: crea, en consonancia con la trayectoria de la normativa europea, un derecho autónomo y activo en la forma del derecho a la protección de datos de carácter personal⁵⁰. En definitiva, un papel decisivo de la jurisprudencia en la conformación de estos derechos, lo que hace suponer que, a falta de una acción del constituyente o del legislador, seguirá teniendo esta función.

La configuración del derecho al olvido digital no hace sino confirmar esta precisión. Ya vimos el rol clave de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en la consideración de la actividad de los motores de búsqueda como “tratamiento de datos” y en la decisión de aplicar el derecho europeo

⁵⁰ En una afirmación que puede extenderse a otros derechos, R. MARTÍNEZ dice que “el Tribunal (TC) ha optado en este campo por el activismo judicial y por una posición hipergarantista respecto al derecho fundamental a la protección de datos”. R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., p. 336. Páginas antes hace la siguiente declaración: “Al socaire de este precepto (18.4 CE) un sector de la doctrina ha propuesto introducir por vía interpretativa un nuevo derecho en nuestro catálogo de derechos fundamentales: la autodeterminación informativa y la jurisprudencia constitucional ha acogido positivamente este planteamiento”. R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Ibidem*, p. 253.

y nacional, pero esta opinión ha tomado carta de naturaleza en virtud de la STJUE de 13 de mayo de 2014 que resolvía el caso *Google vs. AEPD*. Están por ver todavía las consecuencias de esta importante resolución jurisdiccional.

2. Desde el primer momento, la definición de este conjunto de derechos fundamentales vinculados a la personalidad ha estado *determinada por su relación con los avances en las tecnologías de la información y la comunicación*. Lo fue, a su manera, en la ya mencionada reivindicación de S. WARREN y L. D. BRANDEIS. Como ya se ha precisado, fue la injerencia de periodistas en su vida privada y el uso de cámaras fotográficas para captar imágenes lo que motivó su artículo y, en definitiva, fue la creciente sensibilización de la sociedad americana por este tipo de invasiones lo que alimentó un clima favorable y lo que motivó la decisión de la Corte Suprema.

La preocupación por el efecto de la informática en el honor y en la intimidad personal y familiar y en el pleno ejercicio de los derechos fue la que motivó la previsión constitucional del art. 18.4 CE de que la ley debería limitar su uso. Y, como hemos visto, han sido los avances o, mejor, la respuesta jurídica ante las constantes intromisiones o usos torticeros de las tecnologías de la información y comunicación los que han impulsado la creación de nuevas figuras de derechos fundamentales. Por lo visto, cabe esperar que la imaginación jurídica seguirá pendiente de los desarrollos tecnológicos y, en consecuencia, articulará las instituciones necesarias para proteger los diferentes aspectos de la personalidad.

3. Un elemento importante en esta evolución ha sido la *mutación* –pues se trata de cambio radical en la naturaleza jurídica– *en los poderes o facultades que atribuyen los derechos de la personalidad*. El derecho a la intimidad o *the right of privacy* es definido inicialmente como derecho de la primera generación y, en consecuencia, se inspira en la noción de libertad negativa. Como se ha expuesto más arriba, se trataba de proteger un “espacio” que se amuralla con el objeto de ejercer un dominio pleno y un control sobre quién y sobre qué puede acceder. En consecuencia, el poder que confiere es un poder para evitar que se acceda a ese ámbito íntimo o se haga una imagen no deseada. Un poder que pone freno a las injerencias ilegítimas.

Con los avances tecnológicos, estas injerencias adquirieron otra naturaleza y otro cariz y, por ello, se hizo necesario que los poderes para su protección fueran también distintos. Con el derecho a la protección de datos de carácter personal y el derecho al olvido, ya no se trata de dotar al individuo de poderes “muralla”, sino de conferir, como afirma el Tribunal Constitucional

español, de “haz de facultades” para hacer seguimiento ya no sólo de la información íntima o privada, sino de cualquier dato personal que pudiera ser de su interés o pudiera afectar al ejercicio de sus derechos. En eso consisten precisamente los derechos ARCO: el derecho de acceso, el derecho de rectificación, el derecho de cancelación y el derecho de oposición en los casos de información personal que son objeto de un uso no consentido. En definitiva, unos poderes reales que, en manos de sus titulares, posibilitan la corrección o eliminación de una información personal no consentida o destinada a un uso no deseado. Pero, que suponen, realmente, un cambio sustancial en la concepción de un derecho –el derecho a la protección de datos de carácter personal– vinculado a los derechos de la personalidad, es decir, un conjunto de derechos fundamentales cuya filosofía ha sido la propia de los derechos de primera generación y, por lo tanto, inspirados en la noción de la libertad negativa. Por el contrario, incorporan ahora –incluidos, los más tradicionales derechos a la intimidad, a la imagen o al honor– una vertiente positiva, de acción que permite enmendar una situación no consentida.

4. Sin duda, *los derechos ARCO* (acceso, rectificación, cancelación y oposición) son una de las construcciones más importantes de la imaginación jurídica para responder a los efectos de los avances tecnológicos y a las intromisiones ilegítimas en la vida privada y el uso perjudicial de los datos personales. Especialmente relevantes son los dos últimos que configuran el derecho al olvido digital y que, efectivamente, parecen otorgar un poder “fuerte” para exigir no ya la supresión de una información personal de una web, sino también para evitar su “tratamiento” por parte de los motores de búsqueda, estilo *Google*, *Yahoo!*, *Bing*, etc., y que ha llevado, además, a un cambio en las pautas de actuación de estas empresas.

5. El *derecho al olvido digital* es, hasta la fecha, *la última frontera de los derechos fundamentales “personalísimos”*. La STJUE de 13 de mayo de 2014 consagra la posición de la AEPD en su conflicto con *Google* y, en consecuencia, incorpora al acervo jurídico europeo el derecho al olvido digital. Como se ha señalado, es ésta una sentencia importante tanto porque resuelve sobre la necesaria aplicación del derecho europeo y nacional a las empresas gestoras de los motores de búsqueda, como porque considera su actividad como un “tratamiento de datos”. Pero, quedan, no obstante, elementos importantes que suscitan ya serios interrogantes y controversia. Por ejemplo, sobre el papel mismo de estas empresas en el control de los datos o sobre el ejercicio real de los derechos ARCO por los particulares. O cómo se pondera el derecho a la

protección de datos de carácter personal y el derecho al olvido digital con el derecho a la información. Esto es, una nueva versión, en el caso español, del viejo conflicto entre los artículos 18 y 20 de la CE.

En fin, todas estas circunstancias y las ya comentadas en el texto aventuran que seguirán surgiendo zonas de contacto entre los derechos de la personalidad y las tecnologías de la información y la comunicación. No es previsible que se frene la evolución de éstas últimas y que volvamos a un hipotético estado de naturaleza. Más bien, todo lo contrario. Los cambios tecnológicos impresionan por su rapidez y por su capacidad para condicionar la vida de las personas. Sólo hay que pensar la dependencia cada vez mayor de los *smartphone* en la vida diaria de las personas y las enormes posibilidades que pone a su alcance en cuestión de segundos. Ante esto, sólo cabe esperar que la imaginación jurídica, si bien no puede anticiparse a determinados retos, al menos, sea capaz de responder con rapidez y evitar así conflictos de intereses. En otro caso, estaríamos ante un supuesto de ciencia ficción: ¿podríamos imaginarnos una autoridad con capacidad anticipativa, al estilo de TOM CRUISE en *Minority Report*, que pudiese ver con antelación los usos torticeros de las tecnologías de la información y comunicación?

JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN

Universidad de La Rioja

Edificio Quintiliano

c/ La Cigüeña 60

26006 Logroño, La Rioja

e-mail: jose.mezdepison@unirioja.es